

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

OCDE

Poullet, Yves

Published in:

Droit de l'Informatique et des Télécoms

Publication date:

1995

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Poullet, Y 1995, 'OCDE: protection des données et de la vie privée (OCDE, Paris, PIIC, 1994)', *Droit de l'Informatique et des Télécoms*, Numéro 2, p. 82-84.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

volonté de s'y soustraire par une appréciation juridique des faits. Les limites de cette appréciation juridique doivent être soumises au contrôle en droit de la CJCE.

En conclusion, la solution en droit n'apporte aucune novation jurisprudentielle. La portée de cet arrêt reste limitée pour deux raisons :

- Elle l'est en raison de l'entrée en vigueur, postérieurement aux faits de l'espèce, de la directive "Télévision sans Frontières" du 30 octobre 1989 qui interdit à un Etat membre d'entraver la retransmission sur son territoire d'émissions de radiodiffusion télévisuelle en provenance d'autres Etats membres pour des raisons qui relèvent des domaines coordonnés par cette directive.

- Elle l'est aussi en raison des dispositions très spécifiques de la loi néerlandaise, (sauvegarde de la liberté d'expression des différentes composantes, notamment sociales, culturelles, religieuses ou philosophiques existant aux Pays-Bas) réglementant l'accès des émissions des organismes étrangers de radiodiffusion au réseau câblé néerlandais et pouvant permettre aux Pays-Bas, Etat de réception d'interdire la diffusion d'émissions. Toutefois, la directive européenne adoptée le 3 octobre 1989 prévoit qu'une telle faculté relève du pays d'émissions si le diffuseur ne respecte pas les dispositions de la directive la règle relève du principe du pays d'origine.

Bertrand DELCROS

(1) Arrêt CJCE du 30 avril 1974, *Sacchi*.

(2) Arrêt CJCE du 18 mars 1980, *Debaue*.

(3) Arrêt CJCE du 3 décembre 1974 *Van Binsbergen*.

(4) Arrêt de la CJCE du 14 mai 1974 *Nold/Commission*.

(5) Arrêt CJCE 28 janvier 1986. *Commission/France*.

Droit international et des pays étrangers

OCDE : Protection des données et de la vie privée (OCDE, Paris, PIIC - 1994)

Les lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel ont fait l'objet d'une recommandation du Conseil de l'OCDE le 23 septembre 1980. L'ouvrage commenté constitue la synthèse établie par Monsieur Tucker, consultant de l'OCDE, d'un vaste questionnaire mené auprès des pays membres et relatif à certaines questions d'actualité en matière de protection des données. Ce rapport établi fin 91 est diffusé deux ans plus tard.

La première partie du rapport reprend une description pays par pays de la situation réglementaire en matière de protection des données. On épinglera en particulier quelques informations intéressantes. Ainsi, la manière dont la République Fédérale d'Allemagne, suite au traité de réunification, a abordé les questions de protection des données vis-à-vis de l'ancienne République Démocratique Allemande. Des informations sur la situation tant des pays lointains, ainsi en particulier le Japon, retiendront également l'intérêt du lecteur. Le rapport sur les Etats-Unis souligne quelques innovations réglementaires : le "Video Privacy Act", le "Computer Matching and Privacy Protection Act", sont autant de témoignages de la nécessité de faire évoluer les débats en tenant compte de la Privacy des nouveaux services et des nouvelles possibilités offertes par le développement des technologies de l'information et de la communication. On regrettera simplement que le rapport n'ait pu être actualisé : la Belgique est rangée parmi les pays non dotés d'une législation en matière de protection des données. On sait que depuis la loi du 8 décembre 1992, telle n'est plus la situation.

Le rapport analyse ensuite certains problèmes et tendances de l'évolution réglementaire dans la zone de l'OCDE. La première réflexion porte sur la distinction secteur public - secteur privé : ce rap-

port note que la plupart des législations dites de deuxième et troisième générations ne distinguent plus la réglementation du secteur public et celle du secteur privé. Une seconde tendance est l'abandon dans la plupart des pays du système administratif lourd d'autorisations et ce au profit de systèmes plus souples de notifications ou de simples déclarations.

Le chapitre émet quelques réflexions sur les différentes catégories de fichiers et de données. Il note que la distinction entre fichiers manuels et fichiers informatisés persiste même si dans la plupart des pays une réglementation des fichiers manuels est explicitement prévue. Sur l'établissement d'une liste de données "sensibles" a priori, et donc interdites de traitement sauf exceptions, le rapport estime qu'une telle liste dressée a priori ne présente qu'une utilité réduite dans la mesure où la sensibilité d'une donnée est tributaire du contexte dans lequel cette donnée est utilisée.

Les nouvelles technologies favorisent les interconnexions de traitement et de nombreuses réglementations spécifiques abordent cette question. Le rapport mentionne en particulier la loi fédérale des Etats-Unis de 1988 sur le rapprochement des données (Computer Matching and Privacy Protection Act). Cette loi prévoit que lorsque le rapprochement intervient entre des administrations fédérales, ces dernières doivent, avant d'y procéder, passer des accords par écrit précisant les coûts et les avantages de l'opération de rapprochement ainsi que les données devant faire l'objet du rapprochement de même que l'objectif visé. En outre, chaque administration doit se doter d'un conseil interne en charge de l'intégrité des données qui a pour mission de superviser les opérations de rapprochement et chaque opération de rapprochement doit faire l'objet d'un audit indépendant. On note que cette réglementation américaine ne vaut que pour les données et les traitements du secteur public.

Enfin, le rapport fait le point sur les dispositions nouvelles relatives à la criminalité informatique ayant une incidence en matière de protection des données.

Un quatrième chapitre est consacré aux questions relatives à la protection des données dans les systèmes et services de télécommunication. Il s'agit essentiellement par des législations ad hoc de limiter l'utilisation des données générées par l'utilisation de services de télécommunication et, d'autre part, de réglementer le droit des opérateurs dans leur relation avec les abonnés (système de facturation des abonnés, système d'identification de la ligne appelante, sécurité des communi-

cations émanant de téléphones mobiles ou de télécartes, etc.).

Le problème de l'autodiscipline ou, pour être plus explicite, de l'autoréglementation comme solution alternative à la réglementation de la protection des données, fait l'objet d'un chapitre complet. On sait que diverses législations, en particulier celle des Pays-Bas, celles d'Irlande, du Royaume-Uni et d'Australie, appuient la promulgation de codes de conduite privés pris par des associations représentatives en application des législations de protection des données. Le projet de directive européenne encourage également l'usage de codes de bonne conduite. Le rapport commente certains de ces codes de bonne conduite et reprend exhaustivement l'évaluation de l'expérience néerlandaise proposée par le Président de la Chambre chargée de la tenue du registre. Cette évaluation en demi teinte amène le rapporteur à établir certaines suggestions pour l'élaboration et la reconnaissance des codes de conduite. En particulier, il insiste sur la participation, lors de l'élaboration du code de conduite, de l'ensemble des acteurs intéressés et non des seuls représentants du secteur. Il note la nécessité d'une publicité large du texte finalement adopté et la définition de procédures de révision qui doivent être régulières. Le problème du contrôle du respect de l'application des codes de conduite est une question délicate où une collaboration entre le secteur et l'autorité compétente selon la législation en matière de protection de données doit être absolument assurée. Une autre solution à ce délicat problème pourrait être la nomination d'un arbitre indépendant par rapport au secteur qui serait chargé en tant que médiateur de veiller au respect de l'application du code de conduite et pourrait recevoir les réclamations des différentes personnes concernées.

La dernière question abordée est celle des flux transfrontières de données. Il va de soi que, nouvelles technologies aidant, ces flux ont tendance à se multiplier. Le rapport établit une synthèse de différents litiges concernant les flux transfrontières de données, litiges ayant été réglés par les autorités de protection des données ou par les gouvernements. La multiplication de ces litiges impose l'existence d'une réglementation internationale réglementant les flux transfrontières. A ce propos, le rapport étudie, d'une part, le principe de l'article 12 de la Convention du Conseil de l'ordre et, d'autre part, les articles 24 et 25 du projet de directive de la Communauté européenne, articles depuis renommés. L'auteur du rapport envisage la possibilité de recourir à des codes de bonnes

pratiques et à des contrats comme moyens d'assurer une protection des données dans le secteur privé en matière de flux transfrontières. A propos de l'utilisation de contrats comme moyen de protection des données dans les flux transfrontières, l'auteur souligne la difficulté née du principe de la relativité des contrats. En effet, les véritables bénéficiaires de ces contrats sont des tiers par rapport à ces contrats à savoir les personnes concernées et l'autorité chargée de la protection des données. Le recours à des mécanismes de type stipulation pour autrui est donc nécessaire. L'auteur évoque d'autres solutions ainsi, la constitution d'un fond de garantie auprès d'une tierce partie indépendante qui serait appelée dans le cas de non-respect du contrat. En conclusion, le rapport insiste sur l'importance de trouver des solutions adéquates et durables aux questions nées des flux transfrontières. En effet, l'existence d'une législation spécifique nationale si elle apporte un réconfort et donne confiance aux personnes concernées de même qu'à l'autorité compétente en matière de protection des données, risque de n'offrir qu'une protection purement illusoire si au détour de flux transfrontières le respect des réglementations nationales n'est pas assuré. C'est sans doute ce défi majeur que devra relever l'OCDE, cela par, comme le souligne l'auteur, une collaboration de tous, de tous les pays membres de l'OCDE, collaboration animée d'un réel souci d'assurer la protection des libertés fondamentales des individus.

Yves POULLET

US Appellate Court issues much awaited Lotus V. Borland decision

The US. Court of Appeals for the First Circuit has issued a very important decision concerning software protection. In its opinion, Lotus Development Corp. v. Borland International, Inc., (1) the appellate Court reversed the trial court's holding that the Lotus 1-2-3 command structure was eligible for copyright protection both in the Lotus program's user interface and in its "Key Reader" feature that permits macro compatibility. Following in the wake of Computer Associates v. Altai

(2) which has been adopted by courts across the United States and which sets the standard for determining non-literal infringement of computer programs, the much-awaited Borland decision is another significant step towards the narrowing of copyright protection for software.

The issue decided by the Court in the new case was whether Borland, without copying any of the underlying program code, infringed Lotus' copyright in Lotus 1-2-3 by copying the Lotus 1-2-3 menu command hierarchy into its Quattro and Quattro Pro spreadsheet programs. "Borland included the Lotus menu command hierarchy in its programs to make them compatible with Lotus 1-2-3 so that spreadsheet users who were already familiar with Lotus 1-2-3 would be able to switch to the Borland programs without having to learn new commands or rewrite their Lotus macros." In addition to providing users with a user interface including the Lotus menu command hierarchy, Borland's program provided a Key Reader feature that permitted users to employ macros written for Lotus 1-2-3 when using Quattro Pro. To achieve this sort of macro compatibility, Borland had to include in its code a copy of the Lotus command structure.

The basis of the Court's decision was its holding that because the Lotus menu command hierarchy provides the means by which users control and operate Lotus 1-2-3, it is an uncopyrightable "method of operation", and hence unprotected under Section 102(b) of the US Copyright Act. In so holding, the First Circuit accepted but regarded as irrelevant the trial court's finding that the Lotus menu command hierarchy contained expressive elements. This did not change the fact that it was an unprotected "method of operation": "The 'expressive' choices of what to name the command terms and how to arrange them do not magically change the uncopyrightable menu command hierarchy into copyrightable subject matter." The Court's decision is particularly interesting in light of the obligation imposed on EU Member States under GATT Trips not to protect the "methods of operation" contained in computer programs.

In reaching its conclusion, the Court clearly was swayed by the unique functional nature of computer software, and in particular the need to achieve interoperability:

That the Lotus menu command hierarchy is a "method operation" becomes clearer when one considers program compatibility. Under Lotus's theory, if a user uses several different programs, he or she must learn how to perform the same operations in a different way for each program used. For example, if the user wanted the compu-

ter to print materials, then the user would have to learn not just one method of operating the computer such that it prints, but many different methods. We find this absurd. The fact that there may be many different ways to operate a computer program, or even many different ways to operate a computer program using a set of hierarchically arranged command terms, does not make the actual method of operation chosen copyrightable; it still functions as a method for operating the computer and as such is uncopyrightable.

Consider also that users employ the Lotus menu command hierarchy in writing macros. Under the district court's holding, if the user wrote a macro to shorten the time needed to perform a certain operation in Lotus 1-2-3, the user would be unable to use that macro to shorten the time needed to perform that same operation in another program. Rather, the user would have to rewrite his or her macros using that other program's menu command hierarchy. This is despite the fact that the macro is clearly the user's own work product. We think that forcing the user to cause the computer to perform the same operation in a different way ignores Congress's direction in Section 102 (b) that "methods of operation" are not copyrightable.

One of the three appellate judges who decided the case, Judge Boudin, wrote a concurring opinion addressing the policy aspects of the decision. (A concurring opinion is an opinion written by one of the Circuit Court judges amplifying his reasons for joining a particular decision.)

In his opinion, Judge Boudin noted that most of the law of copyright has developed in the context of literary works such as novels, plays, and films, and that the "problem presented by computer programs is fundamentally different" because of the functional and utilitarian nature of computer programs. Because of this utilitarian nature, the danger of overprotection is greater than in the case of traditional literary works. "[A] 'mistake' in providing too much protection [for traditional works] involves a small cost: subsequent authors treating the same themes must take a few more steps away from the original expression." But in the case of computer programs, granting copyright protection "can have some of the consequences of patent protection in limiting other people's ability to perform a task in the most efficient manner."

In reaching the conclusion that the scope of copyright protection for computer programs must be carefully circumscribed, Judge Boudin also emphasised the importance of compatibility.

If Lotus is granted a monopoly on [the pattern

for its menu], users who have learned the command structure of Lotus 1-2-3 or devised their own macros are locked into Lotus, just as a typist who has learned the Querty keyboard would be the captive of anyone who had a monopoly on the production of such a keyboard. Apparently, for a period Lotus 1-2-3 has had such sway in the market that it has represented the de facto standard for electronic spreadsheet commands. So long as Lotus is the superior spreadsheet - either in quality or in price - there may be nothing wrong with this advantage.

But if a better spreadsheet comes along, it is hard to see why customers who have learned the Lotus menu and devised macros for it should remain captives of Lotus because of an investment in learning made by the users and not by Lotus. Lotus has already reaped a substantial reward for being first; assuming that the Borland program is now better, good reasons exist for freeing it to attract old Lotus customers.

Judge Boudin's policy defence of the Court's decision is likely to be paid considerable attention by other Courts and commentators.

Lotus has not yet decided whether to appeal. Because the First Circuit decision was carefully crafted to avoid any conflict with the decisions of other appellate Courts, it seems unlikely that the US Supreme Court would accept any appeal by Lotus. If it were to do so, however, recent US Supreme Court precedents indicate that the Court is likely to affirm the First Circuit's decision in this important case.

Thomas C. VINJE
Managing Partner,
Morrison & Foerster, Brussels

(1) 1995 US. App. Lexis 4618 (March 10, 1995).
(2) 982 F.2d 693 (2d Cir. 1992).

Déclaration de la CCI sur l'infrastructure mondiale de l'information*

La communauté économique internationale, représentée par la Chambre de Commerce Internationale (CCI) se félicite du débat engagé au sujet du développement de l'infrastructure Mon-